

ALGUNAS CONFUSIONES EN TORNO A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONDUCTA TRANSGRESORA DE LA LEY PENAL EN LOS NUEVOS SISTEMAS DE JUSTICIA JUVENIL LATINOAMERICANOS

MARY BELOFF*

SUMARIO:

1. *Origen de los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos.*
2. *Nuevos sujetos de derecho, nuevos sujetos de responsabilidad.*
3. *Sujetos diferentes, responsabilidades diferentes, sistemas diferentes.*
4. *Características de los nuevos sistemas.*
5. *Conclusiones.*

II. But all punishment is mischief: all punishment in itself is evil. Upon the principle of utility, if it ought at all to be admitted, it ought only to be admitted in as far as it promises to exclude some greater evil.

III. It is plain, therefore, that in the following cases punishment ought not to be inflicted.

1. Where it is *groundless*: where there is no mischief for it to prevent, the act not being mischievous upon the whole.

2. Where it must be *inefficacious*: where it cannot act so as to prevent the mischief.

3. Where it is *unprofitable*, or too *expensive*: where the mischief it would produce would be greater than what it prevented.

4. Where it is *needless*: where the mischief may be prevented, or cease of itself, without it: that is, at a cheaper rate.

Jeremy BENTHAM, *The principles of moral and legislation*).

“Una palabra por anticipado respecto a los malentendidos con los que se carga el concepto de culpabilidad en el Derecho Penal desde hace mucho tiempo. Si alguien comete un delito —por ejemplo, perpetra un robo o mata a una persona—, entonces éste es un suceso que va mucho más allá del Derecho Penal. Tiene dimensiones sociales, éticas, religiosas, a veces también políticas o metafísicas, que todos nosotros tratamos de abarcar con el concepto de culpabilidad. Para darle a su disciplina mayor rango, los penalistas se han apoyado a menudo en otras ciencias como la teología, la filosofía o la sociología y han transferido la concepción de culpabilidad de estas ciencias a su ámbito; o se han orientado hacia las ciencias naturales, que no conocen la culpabilidad, y han tratado de imponer al Derecho Penal su ideal de exactitud libre de ella. Todos éstos son caminos equivocados. Al Derecho Penal no le interesan las definiciones de culpabilidad de otras disciplinas y menos aún de la metafísica. El juez penal no ejerce una función de juez divino suplente y tampoco puede hacer enunciados éticos que sean más obligatorios que las concepciones morales del ciudadano normal, sin formación jurídica. Preguntas sobre la culpabilidad, como son tratadas en la gran literatura, pueden ser un objeto legítimo de la filosofía del derecho, pero ésta es una parte de la filosofía y no de la jurisprudencia.

Claus ROXIN, *Culpabilidad y exclusion de la culpabilidad en el derecho penal*.*

1. Origen de los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos

Un proceso singular ha tenido lugar en América Latina en la última década en el campo de la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Se trata del proceso de adecuación del orden jurídico de cada país a las prescripciones de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Este proceso ha sido ampliamente descrito,¹ razón por la cual, a los fines del presente trabajo, sólo me limitaré a caracterizar lo que, a mi juicio, hace a la singularidad de este conjunto de reformas legales.

El proceso es singular por varias razones. En primer lugar porque, como ha sido señalado,² revolucionó la forma de producción de las leyes, que pasaron de ser pensadas y elaboradas por “expertos” del llamado entonces “derecho de menores” —lo que sea que ello haya querido significar en su momento, tema ajeno a este trabajo—, a ser producidas por todos los actores comprometidos con la efectiva implementación de la Convención Internacional a nivel nacional, fueran éstos miembros de organizaciones de base, de organizaciones de profesionales o de trabajadores, funcionarios públicos, juristas, médicos, trabajadores sociales o cualquier otro interesado. En un ejercicio concreto de aplicación directa del art. 12 de la Convención Internacional, en algunos países, también los niños participaron de este fenómeno en el plano legislativo.³ En este sentido, si bien aún no ha sido suficientemente estudiado y sistematizado, este proceso tuvo la originalidad de producir las leyes de un modo diferente y, como se advierte sin dificultad, de un modo profundamente democrático.⁴

En segundo lugar, la originalidad del proceso radica en el contenido de las nuevas leyes. Al no participar de ellas “expertos en derecho de menores”, las leyes se hicieron con el único objetivo de construir una legalidad que hiciera posible, para los niños de cada país involucrado en la reforma legal, el ejercicio pleno de los derechos reconocidos por la Convención Internacional. Esa fue la meta y al mismo tiempo el único límite. No se partió de esquemas teóricos prefabricados, ni se copiaron sistemas legales de otras latitudes.⁵ La academia jurídico penal —si algo así existe en nuestra región— permaneció al margen de este proceso de reformas legales⁶ del mismo modo que tradicionalmente había dejado fuera de su objeto de estudio a los “menores”, más allá de alguna esporádica y perdida denuncia sobre las injusticias del sistema tutelar. Así, Latinoamérica fue construyendo sistemas de respuesta a las infracciones a la ley penal cometidas por personas menores de dieciocho años con soluciones propias que se fueron superando a medida que otros países aprobaban nuevas leyes y aprendían de los aciertos y errores de los que ya habían recorrido ese camino.⁷ Todavía hoy los principales actores de estas reformas, en los diferentes países, no tienen plena conciencia ni de la originalidad ni de la dimensión continental de este extraordinario proceso, a punto tal que les genera perplejidad la situación comparativa en la que, estrictamente en el plano teórico y legal, se encuentran algunos países de Europa continental.⁸

Probablemente ni los redactores de la Convención ni los funcionarios nacionales encargados de la ratificación previeron el intenso uso que de ella hicieron y continúan haciendo todos aquellos preocupados por la efectiva vigencia de los derechos de niños, niñas y adolescentes en la región latinoamericana.⁹ La convicción de que, en este terreno, la reforma legal era condición necesaria —aunque no suficiente— para provocar el cambio social no es un dato irrelevante en un continente que operó al margen de la legalidad por décadas. Más previsible era que la apropiación y la decodificación que se hiciera de la Convención Internacional continuara con

las prácticas asistencialistas y tutelares.¹⁰ Se debe estar advertido, no obstante, de que esta concepción se resiste a retirarse a la vitrina de algún museo del horror,¹¹ como se explicará en el análisis que se realiza más adelante.

El proceso de reformas legales dirigido a adecuar el derecho interno de cada país a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño iniciado con el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil en 1989 se encuentra hoy llegando al final de su primera etapa. En efecto, este proceso parece haber llegado, hacia el final de la década de los '90, a un techo, de ahí que se hable de primera etapa. Actualmente el proceso parece haberse orientado en un doble sentido: por un lado, a implementar efectivamente las nuevas leyes y a monitorear seriamente el proceso de implementación; por el otro, a revisar las leyes aprobadas a comienzos de la década que revelan problemas de técnica legislativa, los que junto con la resistencia del modelo tutelar, explican las dificultades que presenta la implementación.

En diez años todos los países de América Latina, con excepción de Argentina, México, Chile y Uruguay¹² han abandonado, con mayor o menor éxito, los modelos asistencialistas tutelares característicos de las legislaciones de menores previas a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y han creado, también con mayor o menor acierto —ya sea en la letra de la ley, ya sea en su implementación—, nuevos sistemas para regular la condición jurídica de la infancia y la adolescencia.

Dentro del proceso más amplio de adecuación de todo el derecho interno a la Convención Internacional, la creación de sistemas de respuesta a los delitos cometidos por personas menores de dieciocho años de edad —que aquí se llaman sistemas de justicia juvenil— ocupa un lugar central, a tal punto que algunos países optaron por dictar, exclusivamente, leyes que se refieren a este tema.¹³

Antes de seguir adelante es conveniente recordar que, a esta altura del desarrollo del derecho penal, desde un punto de vista filosófico, la única justificación admisible de un sistema de justicia juvenil en el contexto de la protección integral de derechos es el derecho penal mínimo.¹⁴ Un sistema de justicia penal juvenil que asume que toda intervención de los mecanismos formales de control social es violenta pero que también es violento el delito; y que entonces procura disminuir la violencia propia de todo sistema penal —aunque se trate de un sistema penal juvenil— a fin de evitar la violencia que ocurriría en caso de no tener lugar la solución penal.¹⁵ Cuando la reacción estatal coactiva —llámese pena, llámese medida a secas o medida socioeducativa— va a ser mayor que la violencia que pretende prevenir, entonces no existe allí ninguna justificación posible para que se ponga en marcha un sistema de responsabilidad penal juvenil. Se trata, por ejemplo, de los casos de bagatela, donde no habría interés del Estado —y podría no haberlo por parte de la víctima—, en perseguir penalmente al adolescente.

Desde un punto de vista criminológico, la concepción de la desviación en los nuevos sistema de justicia juvenil es tomada también de los instrumentos internacionales. Entre ellos, en particular, de las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riadh).¹⁶ Al comparar estas directrices con las Reglas de Beijing, resulta interesante verificar el cambio que se produce entre uno y otro instrumento (las Reglas de Beijing son anteriores en cinco años a las Directrices). En efecto, en las primeras se abandona definitivamente toda idea de una “ontología” del comportamiento desviado.¹⁷ Para estas Directrices, como para toda la criminología moderna, la desviación es una categoría socialmente construida; y sólo se puede hablar de niños o adolescentes infractores de la ley penal cuando se habla de aquellos a quienes se ha encontrado responsables de la comisión de un ilícito penal

luego de un juicio en el que se respeten todas las garantías individuales reconocidas por las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales.

Ex post es posible apreciar que la construcción de esta respuesta legal latinoamericana a los delitos cometidos por niños ha partido de algunas constataciones empíricas y de otras normativas. Veamos brevemente cuáles han sido.

Desde el punto de vista de la realidad, existen personas menores de dieciocho años de edad que cometen delitos. No son la regla, no son la mayoría, pero los casos existen y la sociedad no es indiferente a ellos. Algunas veces, esporádicas, excepcionales, ocurre también que personas menores de dieciocho años cometen delitos graves;¹⁸ la indiferencia, si en algún otro caso leve puede estar presente, desaparece por completo y generalmente ocupan su lugar los reclamos por mayores penas hacia los autores jóvenes, que se traducen, casi sin excepción, en solicitar su juzgamiento y castigo según las pautas del derecho penal de adultos. En el lenguaje de los medios masivos de comunicación social, este reclamo se expresa en la necesidad de “bajar la edad de imputabilidad” para combatir el delito juvenil.¹⁹ Este discurso es también asumido por funcionarios, por políticos y por “expertos” quienes por no conocer o, en algún caso, por no querer, ignoran o soslayan las complejidades que el tema presenta tanto en términos prácticos como en términos conceptuales.

En cuanto al nivel normativo que dispara y organiza el nuevo sistema de respuesta a la situación de personas menores de dieciocho años de edad que son imputadas o consideradas responsables de cometer delitos, se encuentra, fundamentalmente, el mandato obligatorio emanado de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, en general, lo que se conoce como modelo de la protección integral de derechos del niño.²⁰ Como se explicó al comienzo, la mayor parte de los países latinoamericanos se fijó como objetivo la adecuación de su derecho a las prescripciones de la Convención. En este tema, la Convención y el modelo de la protección integral de derechos mandan, en principio, dos cuestiones que se tratan en los próximos dos apartados.

2. Nuevos sujetos de derecho, nuevos sujetos de responsabilidad

Las personas menores de dieciocho años de edad —los niños según el tratado que se comenta— son titulares de todos los derechos de los que son titulares todas las personas —la Convención incluye tanto los derechos civiles y políticos, cuanto los derechos económicos, sociales y culturales—. Como sujetos de derecho, los niños son también sujetos de ciertas obligaciones.

De aquí se ha construido, a veces con alguna confusión, la idea de que estos sistemas de respuesta estatal a los delitos cometidos por adolescentes son “sistemas de *responsabilidad*²¹ penal juvenil.” En mi opinión, la cuestión se reduce a señalar que, a partir de la Convención —y éste sí es un punto de inflexión, no como en otros temas como el respeto de todos los derechos aún en sistemas de protección—, la condición de sujeto de derecho de los niños determina algún nivel de responsabilidad específica. Si hay una palabra que resume a la Convención, esa es responsabilidad;²² en primer lugar, de los adultos, representados por el Estado, por la comunidad y por la familia; y en segundo lugar de los niños. Se trata de responsabilidades propias y claramente diferenciadas; no más de irresponsabilidades, como en el sistema tutelar pre-Convención: un sistema en el que nadie se hacía cargo de nada y que funcionaba, también en este aspecto, como una profecía que se

autocumplía, ya que era incapacitante para todos los involucrados. Consideraba a ciertas familias pobres —aquellas que encuadraban en la categoría de riesgo o, más modernamente, de disfunción— como incapaces de proveer a las necesidades no sólo materiales sino afectivas y educativas de sus hijos. Estas familias asumían esta caracterización y reclamaban al Estado, a través del juzgado de menores,²³ que éste se ocupara de los hijos que ella había traído al mundo.²⁴ El sistema tutelar toleraba también la incapacidad del Estado para desarrollar políticas sociales adecuadas para garantizar los derechos de los niños y sus familias y justificaba de ese modo el “secuestro” de los problemas sociales que significaba la institucionalización de los niños pobres. Finalmente, en la misma lógica, consideraba a los adolescentes incapaces de toda responsabilidad penal, inimputables penalmente en este sentido —o no punibles, según algunas leyes tutelares, como la ley argentina—;²⁵ pero al mismo tiempo no renunciaba a reaccionar frente a los que consideraba “peligrosos” o “potenciales delincuentes” y ejercía sobre ellos, sin ninguna de las garantías que cualquier adulto tiene frente a una pretensión punitiva del Estado, coacción material directa por tiempo indeterminado a través de las llamadas medidas tratamentales o medidas tutelares.

En cambio, como se acaba de afirmar, el sistema creado a partir de la Convención Internacional es un sistema basado en la responsabilidad de todos los actores sociales: adultos y niños. Así, el Estado debe tener políticas eficaces para la garantía de los derechos y si no las tiene, es responsable por ello. La familia debe hacerse cargo de los niños que trae al mundo. Los adolescentes son responsables por los delitos que cometen, de manera específica.

El tema de la responsabilidad es un tema central en las discusiones sobre reforma legal y seguridad ciudadana; sin embargo es una asignatura pendiente su comunicación clara en los medios. Es también un tema central en la redefinición del rol de todos los actores que participan del proceso penal juvenil. La responsabilidad es el punto de partida de un abordaje que considera al joven como sujeto de derecho. Es también el punto de encuentro de diferentes saberes²⁶ —jurídicos y no jurídicos— que deben trabajar coordinadamente para que la intervención del sistema penal juvenil contribuya a disminuir los niveles de violencia en la sociedad. Por último, pero no por ello menos importante, la responsabilidad penal constituye, en el plano legal, la garantía de una ciudadanía plena y de un sistema democrático que funciona sin exclusiones.

3. Sujetos diferentes, responsabilidades diferentes, sistemas diferentes

Consecuencia del mandato normativo al que se hiciera referencia al final del primer apartado es también el sistema de respuesta creado en América Latina para los delitos imputados a personas menores de dieciocho años.²⁷ Es importante recordar aquí, a diferencia del proceso de reforma de las leyes tutelares ocurrido en Estados Unidos a fines de la década del '60 y comienzos de la del '70, que en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos la condición de ser niño “no justifica un simulacro” —por utilizar la frase final del Juez Fortas, quien redactó el voto para la mayoría en el célebre caso Gault—²⁸ como en el sistema tutelar, pero tampoco justifica el ser tratado como un adulto, que es lo que desde la reforma ha ocurrido en la justicia juvenil estadounidense.²⁹

Tres artículos de la Convención brindan las bases para la construcción de la nueva justicia juvenil. Se trata de los arts. 12, 37 y 40.

El art. 12, en cuanto se refiere al derecho a expresar las propias opiniones y a que esas opiniones sean tenidas en cuenta a la hora de resolverse una situación que pueda afectar a un niño. Se trata del derecho a ser oído —luego retomado por el art. 40—, que no sólo integra la garantía de defensa en juicio (o *due process*, en el sistema anglosajón) como defensa material, sino que, como Alessandro Baratta ha señalado en un artículo fundamental, hace a la esencia de la nueva condición de la infancia en nuestras sociedades, como sujeto activo de la democracia.³⁰

El art. 37,³¹ articulado con la Regla 11b de las Reglas para la Protección de los Menores privados de Libertad,³² en cuanto regula la privación de la libertad, en sentido material, y que se constituye en una norma fundamental para la aplicación directa de la Convención en los países donde sigue rigiendo el sistema tutelar.³³

Finalmente, el art. 40,³⁴ en cuanto establece los límites que el Estado deberá imponerse cuando una persona menor de dieciocho años es imputada o encontrada responsable de haber cometido un delito.

Sobre la base de las prescripciones de esos tres artículos —y del *corpus juris* constituido por todas las normas internacionales de protección de derechos humanos de aplicación en la materia— se diseñaron las nuevas leyes y se están implementando nuevos sistemas de justicia juvenil en América latina.

Me interesa antes de seguir adelante hacer una precisión terminológica. Estos nuevos sistemas —legales e institucionales— de respuesta a los delitos cometidos por personas menores de dieciocho años, creados en América Latina a partir de la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en la década del '90, pueden ser denominados sistemas de justicia juvenil; pero no con la extensión que de esa expresión se hace en el mundo anglosajón, y que fue tomada por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (conocidas como Reglas de Beijing).³⁵

En la Regla 3, titulada “Ampliación del ámbito de aplicación de las Reglas”, se determina que la justicia de menores incluye no sólo los procedimientos referidos a los menores infractores sino también los que se siguen a menores de edad por *realizar cualquier conducta que no es punible tratándose de adultos*, los que se siguen en los casos de niños víctimas de delitos y los relacionados con el bienestar del niño —protección— (el resaltado me pertenece). Como se advierte fácilmente, la confusión entre cuestiones relacionadas con la justicia penal y con la protección, así como el desconocimiento de garantías fundamentales como el principio de legalidad, son en América latina características propias del modelo tutelar que se pretende superar con las nuevas legislaciones. De ahí que se deba aclarar en qué sentido se habla de justicia juvenil en la región; y ese sentido es el siguiente: justicia juvenil es el conjunto de normas e instituciones creadas para dar respuesta a la situación de una persona menor de dieciocho años de edad imputada o encontrada responsable de haber cometido un delito.

Querría agregar dos argumentos adicionales relacionados con la posibilidad de denominar como “sistemas de justicia juvenil” —con los alcances establecidos más arriba— a las respuestas legal e institucional a las infracciones penales cometidas por jóvenes sobre las que se viene haciendo referencia. En primer término, cabe señalar que por primera vez en América Latina se diseña, de modo original, un dispositivo institucional cuyo objetivo es, *estrictamente*, tratar con los casos de personas menores de dieciocho años de edad imputadas o encontradas responsables de haber cometido un delito. En ese sentido, se trata de un sistema de justicia, como no se trataba de un sistema de justicia la llamada, bajo el imperio de la ideología tutelar, “justicia

de menores”. La “justicia de menores” —esto es, el conjunto de dispositivos legales e institucionales dedicados a una forma *sui generis* de ejecución de la beneficencia a través del órgano judicial— no constituía un sistema de justicia, ni desde el punto de vista institucional, porque no resolvía conflictos de naturaleza jurisdiccional; ni desde un punto de vista filosófico, porque operaba en contra de cualquiera de las nociones de justicia que el pensamiento occidental ha elaborado hasta el presente. De ahí la importancia de llamar a estos nuevos sistemas, sistemas de *justicia* juvenil.

El segundo argumento se relaciona con el problema de cómo denominar al destinatario de estos sistemas —esto es la persona involucrada en un conflicto jurídico penal como autor o partícipe cuya edad se encuentra comprendida entre los dieciocho años de edad no cumplidos y los doce, trece o catorce años según el país de que se trate—. ¿Son adolescentes? ¿Son jóvenes? En este tema también es necesario quitar a la discusión todo aspecto naturalista. Se trata de definiciones normativas —no médicas, ni psicológicas, ni antropológicas, ni sociales—. Las leyes no son parejas al abordar este tema. Algunas hablan de jóvenes, otras de adolescentes. La categoría “jóvenes” tiene el problema de extenderse más allá de los dieciocho años, límite impuesto por el orden jurídico internacional para distinguir entre un niño y un adulto. Tiene no obstante la ventaja de estar pensada desde lo que el sujeto tiene y no desde aquello de lo que carece. En contraste, la categoría “adolescente”, aunque más acotada cronológicamente, parece más vinculada al sistema tutelar, ya que se relaciona directamente con la carencia, con lo que la persona todavía no es. En este sentido, me inclino por la utilización de la categoría “juvenil”, aunque creo que esta discusión debe ser resuelta desde el punto de vista normativo, de modo de superar esta omisión de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Esta denominación resulta fundamental, no sólo a los fines de la responsabilidad penal, que aquí se analiza, sino, como Emilio García Mendez ha señalado en alguna oportunidad, desde la perspectiva de la participación política y en relación con el trabajo.

4. Características de los nuevos sistemas

En líneas generales, es posible afirmar que los sistemas creados en la región para dar respuesta a las infracciones de carácter penal cometidas por adolescentes, que aquí se denominan sistemas de justicia juvenil o de responsabilidad penal juvenil, responden a las características que se describen a continuación.

1. *Comprenden exclusivamente aquellos supuestos en los que una persona que tiene menos de dieciocho años comete un delito, una falta o una contravención.*³⁶

El fundamento normativo es el principio de legalidad —*nullum crimen nulla poena sine lege*— presente en todas las Constituciones nacionales y, en particular, el art. 40 inc. 2. a) de la Convención Internacional cuando prescribe:

“(…) que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; (...)”.

En rigor, como estos sistemas sólo pueden justificarse sobre la base del garantismo penal³⁷, las faltas y contravenciones no deberían ponerlos en marcha.³⁸ Ello no obstante, las nuevas legislaciones³⁹ incluyen delitos, faltas y contravenciones. Así Brasil en el art. 103 del Estatuto del Niño y del

Adolescente,⁴⁰ Costa Rica en el art. 1º de la Ley de Justicia Penal Juvenil.⁴¹ El Salvador en el art. 2º de la Ley del Menor Infractor,⁴² Guatemala en el art. 159 del Código de la Niñez y la Juventud,⁴³ Honduras en el art. 180 del Código de la Niñez y la Adolescencia,⁴⁴ Nicaragua en el art. 95 del Código de la Niñez y la Adolescencia,⁴⁵ Panamá en el art. 2º de la Ley del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia,⁴⁶ Perú en el art. 207 del Código de los Niños y los Adolescentes,⁴⁷ Venezuela en el art. 529 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente⁴⁸ y Ecuador en el art. 165 del Código de Menores que se refiere en general a las infracciones penales⁴⁹. Las excepciones aparecen en las leyes recientemente aprobadas: Bolivia en los arts. 224 y 225 del Código del Niño, Niña y Adolescente⁵⁰ y Paraguay en el art. 192 del Código de la Niñez y la Adolescencia.⁵¹

2. *Se preven soluciones alternativas a la reacción estatal punitiva frente al conflicto jurídico-penal originario.*⁵²

El fundamento normativo se encuentra en el art. 40 inc. 3º b) de la Convención Internacional cuando prescribe:

“(…) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

Surge también de las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riadh), en particular en la Directriz 5,⁵³ en la 6: “6. (...) Sólo en último extremo ha de recurrirse a organismos formales de control social.”; y en la 58:

“Deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que pueda atender a las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible *con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal*” —el resaltado me pertenece.

Las nuevas leyes adscriben a esta solución político-criminal, fundamentalmente a través de tres instituciones: el principio de oportunidad reglado, la conciliación y la remisión —que en realidad es una forma de ejercicio de oportunidad— muchas veces de modo confuso. Así, Bolivia en los arts. 256 a 259 sobre remisión del Código del Niño, Niña y Adolescente, Brasil en el art. 126 sobre remisión del Estatuto del Niño y del Adolescente, Costa Rica en los arts. 56 sobre criterio de oportunidad reglado, y 61 y ss. sobre conciliación de la Ley de Justicia Penal Juvenil, El Salvador en los arts. 37 sobre remisión y 59 y ss. sobre conciliación de la Ley del Menor Infractor, Guatemala en los arts. 212 y ss. sobre conciliación, 220 sobre remisión y 221 sobre oportunidad reglada del Código de la Niñez y la Juventud, Honduras en los arts. 219 y ss. sobre conciliación, oportunidad y remisión del Código de la Niñez y la Adolescencia, Nicaragua en los arts. 125 y concordantes sobre criterio de oportunidad y 145 y ss. sobre conciliación del Código de la Niñez y la Adolescencia, Panamá en los arts. 67 y ss. sobre remisión, 67, 70 y 71 sobre criterio de oportunidad y 72 a 79 sobre conciliación del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, Perú en el art. 223 sobre remisión del Código de los Niños y los Adolescentes, Venezuela en los arts. 564 a 568 sobre conciliación y 569 sobre remisión de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, Ecuador en el art. 177 del Código de Menores y Paraguay en los arts. 234 y 241 y ss. del Código de la Niñez y la Adolescencia.

3. *La atribución de responsabilidad se expresa en la exclusión de este sistema de los niños (según las nuevas leyes latinoamericanas, las personas menores de doce, trece o catorce años).*

El art. 40 manda, en el inc. 3º a):

“El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños *no tienen capacidad* para infringir las leyes penales.” —el resaltado me pertenece.

Unos años antes las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores habían prescrito:

“En todos los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual” (Regla 4.1).

Un problema a señalar respecto de la aplicación —y en algunos casos de la redacción— de las nuevas leyes es que no se respeta el piso dispuesto por los instrumentos internacionales, por debajo del cual los Estados están obligados a renunciar a toda intervención estatal coactiva. El problema se hace más grave cuanto más alto se coloca el piso de edad. Este problema ha sido caracterizado en otra oportunidad como “derivación automática” al sistema de protección.⁵⁴ Si el Estado renuncia a toda intervención coactiva, excepto en los casos en que se ha cometido un delito, lo único que podría habilitarlo a intervenir —y no coactivamente— es en un supuesto de amenaza o violación de derechos del niño, adolescente o joven de que se trate. Presumir que detrás de la imputación de un delito dirigida a un niño hay siempre un derecho amenazado responde a la lógica tutelar. Por ello, como mínimo, habría que invertir la regla. En lugar de funcionar con derivación automática, se debería verificar la supuesta situación de amenaza y, recién entonces, efectuarse la derivación, y no reaccionar como consecuencia de la demanda social que genera el hecho excepcional de que un niño pequeño cometa un delito.

En relación con el conflictivo tema de la edad —que define, en los nuevos sistemas, quién puede ser objeto de intervenciones estatales coactivas como consecuencia de una imputación penal en su contra (cautelares) o bien de que se lo haya declarado responsable de haber cometido un delito (sanciones o penas)— es útil recordar un comentario relativamente reciente formulado por Claus Roxin en relación con la ley alemana. Afirma Roxin:

“En la mayoría de los casos, tampoco una disposición como el § 19 StGB —parágrafo diecinueve del Código Penal Alemán—: 'No es punible quien al momento de la comisión del hecho no tiene aún catorce años', se puede explicar desde el punto de vista de la falta de capacidad de reaccionar ante la norma o según otras concepciones de la culpabilidad. Un menor de 13 —trece— años que le rompe el vidrio de la ventana a un vecino, sabe generalmente que esto no está permitido y, si no sufre de graves alteraciones de conducta, se puede conducir según ese conocimiento. Su padre lo reprenderá con razón y reirá cuando su atrevido hijo se remita a su falta de culpabilidad según el § 19 StGB (...).

Incluso, sería absurdo suponer que en una persona al cumplir 14 —catorce— años ingresa, de repente, una capacidad de culpabilidad, de la que antes carecía completamente. El texto de la ley debe ser entonces interpretado de otro modo que literalmente.

En los casos mencionados (...) no se trata de una causa de exclusión de la culpabilidad, sino de una causa de atenuación de ella. Está claro que la capacidad para dirigirse y a menudo también para la orientación mental está generalmente disminuida cuando (...) todavía se encuentra en edad infantil. De lo contrario (...) muchos países violarían el principio de culpabilidad cuando imponen el límite de la punibilidad en los 12 —doce— años.

“Y, finalmente, también en el caso de los menores está claro que una sanción criminal no sólo es innecesaria preventivamente, sino, incluso, extremadamente contraindicada. Un encierro —la multa queda descartada— no produciría nada positivo, sino que traería consigo graves daños para los menores. Tampoco existe una razón de prevención general para ello, pues hoy hay un consenso social de que se puede educar a niños con otros medios. Además, las faltas de conducta de los menores no incentivan a los adultos a su imitación.”⁵⁵

Estos párrafos —si bien referidos a la ley alemana— podrían bien explicar la opción de política criminal de los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos de excluir a los niños del sistema. Sin embargo, tal como se advierte en el último párrafo, Roxin resuelve el problema argumentando del mismo modo que los teóricos del “derecho de menores”: esto es, poniendo al margen del derecho penal el análisis de las conductas delictivas cometidas por personas menores de edad —en este caso los niños— por su incapacidad relativa y por razones preventivas, especiales y generales. En cuanto a la prevención especial, reduce el análisis al equiparar castigo o pena a cárcel o multa y derivar de allí la innecesariedad de una “sanción criminal”. Roxin asume sin problematizarlo —y sin mínimamente poner atención en ciertos indicadores de opinión pública sobre delincuencia juvenil— que existe consenso social sobre la posibilidad de educar a los niños por otros medios. Tampoco analiza en qué consistiría esa “educación por otros medios” a la que se alude, si implicaría restricciones de derechos, coacción, etc. y no advierte que esa reacción educativa —por ponerle un nombre— continuaría justificándose por razones de prevención especial positiva, como toda reacción estatal en el sistema tutelar. Además, descarta el argumento de prevención general en relación con los adultos, pero no advierte el problema en relación con los “menores” —interpreto que se sigue refiriendo a los menores de catorce años—. La pregunta que debería formularse entonces, partiendo de que las faltas de conducta de los menores no incentivan a los adultos a su imitación, sería si es posible concluir que estas mismas faltas no incentivan a otros menores a su imitación. ¿Se admitiría entonces un argumento de prevención general respecto de este particular grupo de edad? Roxin no analiza estos problemas. Son problemas menores.

Günter Jakobs aborda el mismo problema del siguiente modo:

“En el § 19 StGB la ley presume que los niños (personas menores de catorce años) son inimputables. Fundamento de la presunción es la experiencia de que los niños no se pueden definir como iguales, *careciendo por ello de competencia para cuestionar la validez de la norma*. La presunción no tiene efectos en las instituciones dogmáticas que atienden a la imputabilidad real. Ejemplo: El que influir sobre un niño para cometer una infracción penal constituya participación en el hecho o bien autoría mediata se rige por la madurez del niño, pero no esquemáticamente por su edad (...).

En relación con los adolescentes (personas de edad comprendida entre los catorce y los dieciocho años; § 1.2 JGG), con arreglo al § 3 JGG, ha de verificarse la imputabilidad caso por caso. La capacidad puede ser relativa al hecho cometido. Así, p. ej., la capacidad para evitar un delito de fuga del lugar del accidente, tras un accidente de bicicleta, puede faltarle a un adolescente, mientras que p. ej. ya ha internalizado suficientemente la prohibición de matar”⁵⁶ —el resaltado me pertenece.

Si bien en principio parecería que la explicación de la ley alemana de este último autor es más útil para dar cuenta de los nuevos sistemas de justicia juvenil locales, que distinguen entre niños y adolescentes o jóvenes, lo cierto es que requiere qué se va a entender, en relación con los niños, por “carecer de competencia para cuestionar la validez de la norma”. Si ello se relaciona con la incompetencia como incapacidad general de los niños, como de quienes padecen problemas de salud mental, la explicación tampoco es útil. Los

nuevos sistemas presuponen la calidad de sujetos plenos de todas las personas menores de dieciocho años con independencia de que, en un segundo nivel de análisis, se adopte la decisión político-criminal de renunciar a cualquier tipo de intervención estatal coactiva como consecuencia de que estas personas —los niños— cometan delitos en razón de que se encuentran en una etapa temprana de la vida.

Esta exclusión de los niños puede también justificarse desde un punto de vista que tenga en consideración la cantidad de delitos cometidos por ellos. Habida cuenta de que la incidencia estadística de delitos graves cometidos por niños es prácticamente nula, una ley que, además, de acuerdo con las normas internacionales, prohíba toda posibilidad de reacción estatal coactiva cuando un niño comete un delito, no parece desacertada desde el punto de vista político-criminal.

Así, Bolivia en los arts. 225 y 226 del Código del Niño, Niña y Adolescente.⁵⁷ Brasil en el art. 105 del Estatuto del Niño y del Adolescente,⁵⁸ Costa Rica en los arts. 1 y 6 de la Ley de Justicia Penal Juvenil,⁵⁹ El Salvador en el art. 2º de la Ley del Menor Infractor,⁶⁰ Guatemala en los arts. 160 y 165 del Código de la Niñez y la Juventud,⁶¹ Honduras en el art. 180 del Código de la Niñez y la Adolescencia,⁶² Nicaragua en el art. 95 del Código de la Niñez y la Adolescencia,⁶³ Panamá en los arts. 7º y 8º del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia,⁶⁴ Perú en el art. 208 del Código de los Niños y los Adolescentes,⁶⁵ Venezuela en los arts. 531 y 532 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente,⁶⁶ Ecuador en el art. 165 del Código de Menores⁶⁷ y Paraguay en los arts. 192, 194 y concordantes del Código de la Niñez y la Adolescencia en función del art. 1º de la ley 1702.

4. *Se trata de un sistema que coloca a quienes tienen menos de dieciocho años fuera del sistema de justicia penal de adultos.*

Es en ese sentido, exclusivamente, que se habla de inimputabilidad en estos sistemas: como barrera político/criminal. En estos sistemas las personas menores de dieciocho años de edad son *inimputables* en el sentido de que se encuentra prohibida toda posibilidad de someterlos a la justicia penal general o a las consecuencias que la ley penal general preve para los adultos.⁶⁸

Por otro lado, son *imputables* como sujetos de derecho, tal como lo preve la Convención Internacional⁶⁹ y como se explicó en el Capítulo 2. Esto significa que son titulares de todos los derechos y garantías de los que disfruta toda persona —sin importar su edad— frente a una persecución penal. Significa también que, como regla, los destinatarios de este sistema son considerados sujetos responsables. Como ha sido señalado, el Estado de Derecho no puede entrar en la polémica libre albedrío/determinismo. Cuando lo hizo, perdió su carácter de Estado de Derecho. Por esa razón, en principio, el Estado de Derecho debe asumir que todas las personas, por ser tales, están dotadas de la capacidad para comprender y querer y, frente a ellas, imponerse límites precisos expresados por los derechos y garantías fundamentales.⁷⁰

Finalmente, los sujetos de este sistema *pueden o no ser inimputables* en función de la existencia de alguna causal que excluya su capacidad para comprender la criminalidad del acto ilícito cometido o bien que impida que se motiven conforme esa comprensión. En caso de que se verifique la presencia de alguna de estas causales, la persona en cuestión será considerada *inimputable* y, por lo tanto, *incapaz* de ser objeto de un reproche jurídico-penal. Este es uno de los supuestos de ausencia de culpabilidad y, por lo tanto, de irresponsabilidad; no los anteriores.

Sólo Bolivia desconoce este principio, ya que si bien el Código del Niño, Niña y Adolescente considera adolescente a todo ser humano hasta los

dieciocho años, en el art. 225 contradictoriamente establece que la responsabilidad del adolescente se aplicará a las personas comprendidas entre los doce años y los dieciseis años. Todos los otros países respetan el límite de dieciocho años para ingresar a una persona al derecho penal general. Así Brasil en el art. 2º del Estatuto del Niño y del Adolescente, Costa Rica en el art. 1º de la Ley de Justicia Penal Juvenil, El Salvador en el art. 2º — aunque con una regulación un tanto confusa—⁷¹ de la Ley del Menor Infractor, Guatemala en el art. 160 del Código de la Niñez y la Juventud, Honduras en el art. 180 en función del art. 1 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Nicaragua en el art. 95 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Panamá en el art. 7º del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, Perú en el art. 207 en función del art. 1º del Código de los Niños y los Adolescentes, Venezuela en el art. 531 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, Ecuador en el art. 165 del Código de Menores y Paraguay en los arts. 192 y concordantes del Código de la Niñez y la Adolescencia en función del art. 1º de la ley 1702.

5. Los jóvenes, en tanto sujetos de derechos y de responsabilidades en el sentido descrito más arriba, gozan de todas las garantías procesales y sustantivas de las que goza un adulto en un Estado de Derecho frente al aparato coactivo del Estado,⁷² más derechos particulares.

La existencia de este sistema especial de responsabilidad penal da cuenta de esa situación particular (inimputabilidad en el primer sentido explicado).

Así, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil establecen: “52. Los gobiernos deberán promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes.”

En las Reglas de Beijing, los derechos de quienes están sometidos a la “justicia de menores” aparecen en la siguiente Regla:

“7. Derechos de los menores

7.1. En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior.”

Todos los países desarrollan, con mayor o menor detalle, derechos y garantías fundamentales contenidos en la Convención Internacional y en otros tratados de aplicación en el tema.

6. La atribución de responsabilidad en función de la particular condición de sujeto que está creciendo se expresa en consecuencias jurídicas diferentes, llamadas en las diferentes legislaciones medidas, medidas socio-educativas o, más recientemente y sin eufemismos, sanciones o sanciones penales juveniles.

Este mandato aparece ya en las Reglas de Beijing:

“18. Pluralidad de medidas resolutorias

18.1. Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes:

- a) órdenes en materia de atención, orientación y supervisión;
- b) libertad vigilada;
- c) órdenes de prestación de servicios a la comunidad;
- d) sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones;
- e) órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento;
- f) órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas;

g) órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos;

h) otras órdenes pertinentes.

18.2. Ningún menor podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres, a no ser que las circunstancias de su caso lo hagan necesario.”

En el art. 40. 4 de la Convención Internacional se establece:

“Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.”

En consecuencia, en estos sistemas de justicia juvenil, se establecen como consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por parte de un joven o adolescente sanciones diferentes, que se extienden desde la advertencia y la amonestación⁷³ hasta los regímenes de semilibertad o privación de libertad en institución especializada.⁷⁴

En caso de que sea necesario recurrir a una reacción estatal coactiva, la centralidad la ocupan estas sanciones y lo alternativo es la privación de la libertad. Por eso en el sistema de la protección integral no es correcto hablar, como en el sistema penal de adultos, de alternativas a la pena privativa de la libertad, ya que lo alternativo y excepcional, conviene insistir, en este sistema especializado, es la privación de la libertad. Esta, a su vez, por lo menos debe organizarse en tres variantes diferentes: privación de libertad de fin de semana, domiciliaria y en institución especializada.

Así, Bolivia desarrolla el sistema de sanciones como medidas socioeducativas en los arts. 240 a 255 del Código del Niño, Niña y Adolescente; Brasil en los arts. 112 a 124 del Estatuto del Niño y el Adolescente, como medidas socioeducativas; Costa Rica en los arts. 121 a 142 de la Ley de Justicia Penal Juvenil como sanciones; El Salvador en los arts. 8 a 19 de la Ley del Menor Infractor, como medidas; Guatemala en los arts. 265 a 276 del Código de la Niñez y la Juventud, como medidas socio-educativas; Honduras en los arts. 188 a 203 del Código de la Niñez y la Adolescencia, como medidas socio-educativas; Nicaragua en los arts. 193 a 216 del Código de la Niñez y la Adolescencia, como medidas; Panamá en los arts. 124 a 155 del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, como sanciones; Perú en los arts. 244 a 255 del Código de los Niños y los Adolescentes, como medidas socioeducativas; Venezuela en los arts. 620 a 647 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, como sanciones o medidas —se emplean ambos términos—; Ecuador en el art. 184 del Código de Menores, como medidas de reintegración; y Paraguay los arts. 206 a 220 del Código de la Niñez y la Adolescencia, como medidas socio-educativas y correccionales.

Las consecuencias jurídicas deben ser dictadas por el juez teniendo en consideración el hecho cometido y, como correctivo al reproche por el acto, teniendo en consideración los informes realizados⁷⁵ por los miembros de los equipos multidisciplinarios que deberán integrar los juzgados penales juveniles.⁷⁶ Ellos deben ser diferentes de los profesionales encargados de la ejecución de la sanción penal juvenil. En los nuevos sistemas de justicia juvenil, creados, como se estableció precedentemente, en el marco del modelo de la protección integral de derechos, la ejecución de la sanción debe quedar a cargo del órgano ejecutivo junto con organizaciones de la comunidad a la que pertenezca el adolescente condenado —la permanencia del adolescente en su núcleo familiar⁷⁷ y en su comunidad,⁷⁸ las que deben intervenir

activamente en el proceso de ejecución de la sanción penal juvenil, es otra característica fundamental.

En algunos casos las nuevas leyes siguen confundiendo ambos roles y se exige a los miembros de los equipos multidisciplinarios que elaboran informes durante el proceso y que sean quienes supervisen la ejecución de la sanción que adopta el juez, de donde se genera la consecuencia negativa de que el adolescente interpreta que es el psicólogo o el trabajador social quien lo está “castigando”.⁷⁹

En cuanto a las Directrices de Ryadh, éstas contienen un completo programa para la prevención de la delincuencia juvenil. Si bien están mayormente orientadas a la prevención y no a cómo reaccionar cuando el adolescente ya ha cometido un delito, toda política de reacción —una vez fracasada la prevención— necesariamente contiene un aspecto preventivo, ya que el objetivo de reaccionar será, con el límite máximo de la intervención impuesto por la gravedad del delito cometido, lograr que el adolescente en el futuro no vuelva a cometer delitos. De ahí que también en estas Directrices sea posible encontrar algunas pautas en relación con las sanciones con un notorio cambio de perspectiva, ya señalado, en relación con las Reglas de Beijing.

Para cerrar con este apartado cabe preguntarse si las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito en estos sistemas son medidas, medidas socio-educativas, penas o sanciones. Los instrumentos internacionales, como ha quedado demostrado, no son precisos en este punto. En la mayor parte de las nuevas leyes —en particular en las dictadas a comienzos de la década del '90, que siguieron el modelo de Brasil—, no se habla de sanciones penales juveniles sino de medidas o medidas socio-educativas, para distinguirlas de las medidas de protección. De ese modo, se visualiza la medida como algo beneficioso para el adolescente y se pierde la dimensión de reproche que toda sanción necesariamente debe traer aparejada. Es evidente que los problemas que esta confusión genera a la hora de la ejecución de la medida/sanción o bien a la hora de hablar de estos sistemas en los medios de comunicación social, son graves.

Como se ha intentado demostrar, el fundamento de la sanción penal juvenil continúa siendo, tanto en los instrumentos internacionales como en las nuevas leyes latinoamericanas, la prevención especial positiva, que en términos criminológicos tiene que ver con la reintegración social del condenado.⁸⁰ Este es un punto en común entre el modelo tutelar y el modelo de la protección integral de derechos. Podría decirse que es el único. Por esta razón se debe poner mucho cuidado en distinguir las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por parte de un adolescente —sanciones— y las medidas de protección porque aún en leyes nuevas, que distinguen entre el sistema de protección y el sistema penal juvenil, se admite cierta superposición entre ambas. Tal el caso, por ejemplo, en el que una sanción penal juvenil o medida socio-educativa tiene como único objetivo reestablecer al adolescente en el ejercicio de un derecho: órdenes de supervisión consistentes en que el adolescente vaya a la escuela o a un programa de rehabilitación para adictos a una sustancia prohibida.

Lo que es fundamental que quede claro en la puesta en práctica de los nuevos sistemas y, en muchos casos, a pesar del texto legal por la sobrevivencia del modelo tutelar en este sentido⁸¹ es que si como consecuencia de una reacción estatal coactiva, provocada por la comisión de un delito, surge algún beneficio para los derechos del adolescente, esto es un valor agregado de la sanción, pero no su fundamento ni su justificación.

7. *La privación de la libertad constituye una sanción alternativa, excepcional, a ser aplicada eventualmente en casos de delitos muy graves, limitada en el tiempo y breve.*

Esta característica ya está ordenada en las Reglas de Beijing. Así, en relación con la privación de la libertad como medida cautelar se establece:

“13. Prisión preventiva

13.1. Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible.

13.2. Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa.

13.3. Los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas.

13.4. Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos.

13.5. Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia —social, educacional, profesional, psicológica, médica y física— que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.”

Y en relación con la privación de la libertad como sanción las mismas Reglas determinan:

“17. Principios rectores de la sentencia y la resolución

17.1. La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: (...)

b) las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;

c) sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada; (...).”

En cuanto a las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores privados de Libertad, la excepcionalidad de la privación de la libertad aparece en la Regla 1 *in fine*:

“1. (...) El encarcelamiento deberá usarse como último recurso”; en la Regla 2 se establece asimismo: 2. (...) La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo”; finalmente, en la Regla 17, se prescribe: “(...) En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible para aplicar medidas sustitutorias, cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible (...).”

Como se advierte, las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad también distinguen la excepcionalidad de la privación de la libertad como sanción de la privación de libertad como medida de coerción personal durante el proceso.

5. Conclusiones

El modelo tutelar en materia de legislaciones de infancia, del mismo modo que el modelo inquisitivo en materia de justicia penal, son algo más que modelos procesales o de administración de pseudo-protección o justicia. Se trata de modelos que han determinado por casi un siglo la manera de percibir y aprehender a la realidad de la infancia pobre por un lado, y de la cuestión criminal por el otro. De ahí que la reforma legal, por sí sola, no pueda automáticamente remover patrones de conducta que se han venido repitiendo durante tanto tiempo y de los que puede decirse hoy que constituyen una cultura.

Cuando se habla de sistemas de justicia juvenil en América latina es fundamental tener en cuenta que se habla de sistemas de justicia, que nada tienen que ver con el “bien” ni con “hacer el bien”. Si la intervención de la justicia penal juvenil genera un bien al adolescente, éste es un valor agregado, pero no es su fundamento. Ochenta años de vigencia del sistema tutelar en América latina han enseñado, con el dramático ejemplo de miles de niños privados de libertad por años, que para ayudar a los niños y adolescentes que tienen sus derechos amenazados o violados no se debe recurrir al sistema de justicia sino al sistema de protección de derechos, que en muchos sentidos todavía opera en clave tutelar en muchos países, en particular en aquellos que sólo adecuaron su derecho interno a los arts. 12, 37 y 40 de la Convención Internacional y que no realizaron la reforma institucional y de los servicios. Para superar el modelo tutelar es necesario asumir que estos sistemas de responsabilidad son sistemas penales, y como tales, implican un mal que el Estado dirige con la intención de provocar un sufrimiento en la persona que infringió la ley penal. Se trata de un sufrimiento mínimo, proporcionado a las circunstancias de que el destinatario es un adolescente y al delito que haya cometido; pero eso no le hace perder el carácter de restricción coactiva de bienes y derechos, y de reproche. Es de suma importancia reconocer que estos sistemas se encuentran dentro del orden de ideas en el que opera el sistema penal; de otro modo, se lo descontextualizaría como se hacía en el viejo modelo tutelar en el que el fundamento de toda intervención era “proteger” al menor. Muchos integrantes de la nueva justicia juvenil no enmarcan su práctica en esta lógica y, en muchos casos, interpretan su función como dirigida a ayudar a los adolescentes con derechos amenazados o violados, bajo la excusa de que el sistema de protección no da respuestas adecuadas.

Si esto no está claro durante la tramitación del proceso ni al momento de dictar la sentencia en todos los operadores que intervienen en el proceso penal juvenil, si el adolescente no visualiza que causó dolor y violencia, las que activaron el dispositivo coactivo estatal, y, por ende, puede oponer todas las defensas que toda persona imputada de delito tiene a su disposición, se forma en él una idea errónea acerca del significado real del proceso y de su conducta. Se forma la idea —que está presente en todos los procesos represivos/tutelares— de que cometer un delito no le genera ninguna consecuencia disvaliosa. Esto también es percibido de modo errado por la sociedad, que interpreta que al adolescente que comete delitos “no le hacen nada”, “entra por una puerta y sale por la otra”, “lo mandan a la escuela”, es “protegido”, etc.. En el caso de los sistemas tutelares, esta concepción lleva a considerar, erróneamente, que estos sistemas de justicia son sistemas “blandos”, poco severos, ocultándose así su real carácter inquisitivo y lesivo de los derechos fundamentales del adolescente y de la víctima.

No se debe confundir lo que se acaba de sostener con una conciente e insensible renuncia a “ayudar” a estos jóvenes. Lo que se trata de decir es que “ayudar” no puede ni debe ser la justificación del sistema de justicia penal juvenil. Por lo demás, todo adolescente imputado de la comisión de un

delito o encontrado responsable y condenado a una sanción penal juvenil —o medida socioeducativa, según algunas leyes— es titular de todos los derechos sociales, económicos y culturales de los que toda persona menor de dieciocho años es titular. Sólo es restringido en algunos derechos específicos consignados en la sentencia judicial en la medida del daño que causó y de su responsabilidad por haberlo causado. De ahí que se le deban garantizar todos los derechos de los que no ha sido privado por la condena. De ahí también que estos sistemas se estructuren sobre penas que, a diferencia de la de privación de libertad, no anulen la condición de sujeto libre y, por lo tanto, responsable. Pero el fundamento de la condena no es garantizarle esos derechos —permítaseme aquí recordar el epígrafe de Roxin en relación con todo lo que se le pide a la categoría “culpabilidad”—; si no se confundiría todo una vez más, para perjuicio de la comunidad, de la víctima y de los adolescentes.

NOTAS:

- * Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal, y de Derecho Penal Juvenil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- * En revista *Nueva doctrina penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996-B, pp. 479/480.
- ¹ El proceso de reforma legal ha sido relatado en extenso en GARCÍA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comps.): *Infancia, ley y democracia. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Temis-Depalma, Bogotá, 1998. Hay una segunda edición aumentada y actualizada, Temis-Depalma, Bogotá, 1999.
- ² Cfr. GARCÍA MENDEZ, Emilio, *Infancia, de los derechos y de la justicia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 14/15.
- ³ El primer y paradigmático caso fue el de la movilización de miles de niños y niñas de la calle en Brasil, organizados en el *Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua*, a favor de la inclusión de dos enmiendas constitucionales referidas a la infancia primero, y a favor de la aprobación del Estatuto del Niño y del Adolescente después. Sobre el proceso de reforma legal en Brasil ver, entre otros, SEDA, Edson, *Comentario al proceso de reforma legislativa en Brasil*, en GARCÍA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary, *Infancia ...*, op. cit., t.1, 2ª ed., pp. 239 y ss.
- ⁴ No constituye tampoco un dato casual que estos procesos de reformas legales hayan tenido lugar, en la mayor parte de los países, al mismo tiempo que se daban los procesos de reforma de la justicia penal, todo ello en el marco de los procesos de transición y/o consolidación democráticas. Sobre este punto y sobre las similitudes entre los procesos dirigidos a superar el modelo tutelar con los dirigidos a superar el modelo inquisitivo en la justicia penal, ver BELOFF, Mary: “Estado de avance de la adecuación de la legislación nacional y provincial a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Tendencias y perspectivas”, Separata del Foro de Legisladores Provinciales por los Derechos del Niño, Salta, 1998. Allí se afirma, en relación con este tema: “Esta función del juez de menores y, en general, la lógica tutelar o ‘de la situación irregular’ tuvieron gran acogida en América Latina y se articularon perfectamente con los sistemas procesales inquisitivos de la región. Más aún, sistemas inquisitivos y sistemas de menores basados en la doctrina tutelar o ‘de la situación irregular’ se han alimentado recíprocamente en América latina en los últimos ochenta años. La concepción de un otro como objeto o como súbdito pero no como sujeto con derechos (menor o imputado), la oficiosidad en la actuación judicial, el secreto y el expediente escrito, la concentración de todas las funciones en una sola persona: el juez (padre/acusador/ defensor/decisor), cuestiones morales y religiosas fundamentando las decisiones penales, la privación de libertad como regla y como pena en sentido material (bajo el nombre de medida de internamiento o de prisión preventiva), en suma, el desconocimiento de todas las garantías individuales son características compartidas tanto por el procedimiento inquisitivo cuanto por el procedimiento previsto por las leyes de la situación irregular. Por esas razones ambos sistemas son de difícil —si no imposible— compatibilización, desde el punto de vista jurídico, con el Estado de Derecho, y por ello, además de por su absoluta ineficiencia, se encuentran en crisis y en proceso de transformación en las democracias latinoamericanas, del mismo modo que la justicia penal en su conjunto”.
- ⁵ Esto explica que algunas leyes, sobre todo las elaboradas al comienzo de la década del ‘90, revelen algunos problemas serios de técnica legislativa.

- ⁶ Una excepción es Costa Rica, país en el que los más destacados juristas y, en particular, los penalistas, participaron del proceso de reforma legal en materia de infancia y juventud.
- ⁷ Adviértase en este sentido una diferencia sustancial con el proceso de reforma de la justicia penal, en particular de los códigos procesales penales —proceso dirigido a superar el sistema inquisitivo—, que fue lanzado a partir de la elaboración del un Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, redactado por Julio Maier a fines de la década del '80.
- ⁸ Conviene insistir en que esta afirmación no se refiere a la existencia de programas concretos eficaces para jóvenes infractores de la ley penal, que existen en abundancia en los países de Europa occidental.
- ⁹ Como en toda historia, en ésta también personas concretas han hecho la diferencia. Me refiero a la feliz circunstancia de que Emilio García Mendez estuviera en el lugar que estuvo, en el momento que estuvo, liderando este proceso; pero sobre eso ya escribí en otro lado, a donde me remito.
- ¹⁰ Esto me recuerda un taller que se realizó en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica, en Oñati, País Vasco, en julio de 1999. Se discutía la implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; sin embargo, algunos participantes no interpretaban la reforma legal como condición necesaria —aunque no suficiente— para la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en la Convención. De hecho, subestimaban la importancia de la reforma legal, a la que consideraban algo “teórico”, ajeno a la discusión sobre la implementación de la Convención, en manifiesto desconocimiento de la propia Convención que prescribe que los Estados deberán adoptar “todas las medidas” incluidas *expresamente* las legales, para hacer efectivos los derechos reconocidos por el tratado. Es la posición que ha sido caracterizada por Emilio García Mendez como “sustancialista”. Sobre el particular ver GARCÍA MENDEZ, Emilio, *Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia*, en GARCÍA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comps.): *Infancia ...*, op. cit., pp. 9 y ss.
- ¹¹ No es exagerada ni injusta con el sistema tutelar esta frase. Como Emilio GARCÍA MENDEZ ha señalado hasta el cansancio, en relación con la ley tutelar argentina —la 10.903 o ley Agote, en honor a su redactor e impulsor— esta ley nunca fue “buena”. Hoy vemos los museos de la inquisición como museos del horror; sin embargo, tal como Julio MAIER explica claramente, la inquisición en su momento fue una reacción que pretendía introducir racionalidad, humanidad y, si se quiere, algún criterio de justicia aceptable para la época, al modo en el que se resolvían los conflictos que hoy entendemos como conflictos penales. De otro modo difícilmente se hubiera constituido en la forma por excelencia de entender y organizar la reacción estatal frente a esos conflictos a lo largo de casi quinientos años. Cfr. MAIER, Julio: *Derecho procesal penal*. t. I: “Fundamentos”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 288 y ss.
- ¹² Es importante destacar que Chile cuenta con un Anteproyecto sobre Responsabilidad por Infracciones Juveniles a la Ley Penal y Uruguay con un Proyecto de Código de la Niñez y la Adolescencia con media sanción legislativa.
- ¹³ Se trata de El Salvador, Costa Rica y Panamá; y los proyectos y anteproyectos de Colombia y Chile. Sobre los riesgos de adecuar el derecho interno del país sólo a los artículos de la Convención Internacional referidos a los jóvenes que cometen delitos, ver BELOFF, Mary: “Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos”, desgrabación de la conferencia dictada en el I Curso de Derechos Humanos y Derechos del Niño, organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Unicef, San José, julio de 1999, publicada en la revista *Justicia y derechos del niño*, Unicef, Buenos Aires, n° 2, 2000, pp. 77 y ss.
- ¹⁴ Véase por ejemplo el comentario a las Orientaciones fundamentales de las Reglas de Beijing —las que, por cierto, no son ni las más modernas ni las más garantistas—: “Estas orientaciones básicas de carácter general se refieren a la política social en su conjunto y tienen por objeto promover el bienestar del menor en la mayor medida de lo posible, lo que permitiría *reducir al mínimo* el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores y, a su vez, *reduciría al mínimo los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención* (...)”—el resaltado me pertenece.
- ¹⁵ FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- ¹⁶ Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/45/756)] en la sexagésima octava sesión plenaria, celebrada el 14 de diciembre de 1990.
- ¹⁷ En especial en la Directriz 5, incs. b), e) y f), que establecen que la política y las medidas de prevención de la delincuencia juvenil deberán incluir la formulación de doctrinas y criterios especializados para la prevención de la delincuencia, basados en leyes, procesos, instituciones, instalaciones y una red de servicios, cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien; también reconocer el hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta; y la conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de “extraviado”, “delincuente” o “predelincente” a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable.

- ¹⁸ La ausencia de estadísticas rigurosas que corroboren la histeria social vinculada con la delincuencia juvenil ha sido reiteradamente puesta en evidencia. Es importante recordar en relación con las dimensiones reales e inventadas del problema, lo señalado por Emilio García Mendez en el sentido de que la “realidad” de la cuestión criminal en materia de infancia es construida por leyes que, como es sabido, consideran “criminales” o “delictivas” cuestiones que no lo son ni para el derecho general ni para el sentido común. Me refiero, por ejemplo, a la medición del fenómeno “delincuencia juvenil” mediante la medición de ingresos de niños a la justicia de menores, cuando se sabe que la principal causa de ingreso es asistencial —aún para víctimas de delitos— y no la comisión de delitos.
- ¹⁹ Es la posición que Emilio García Mendez ha llamado “retribucionismo hipócrita”.
- ²⁰ Sobre las características del llamado modelo de la protección integral de derechos, ver BELOFF, Mary: *Protección integral y situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar*, en Revista *Justicia y derechos del niño*, UNICEF, Santiago de Chile, 1999, pp. 9 y ss.
- ²¹ No se debe considerar estos sistemas como enmarcados en la teoría de la responsabilidad, la que permite distinguir esta categoría de la de culpabilidad, tal como la desarrolla MAURACH. Cfr. MAURACH, Reinhart: *Tratado de derecho penal*, t. II, Ariel, Barcelona, 1962, pp. 32 y ss.
- ²² Llama la atención la resistencia de algunos países en su momento a ratificar la Convención Internacional y, posteriormente, a dictar Códigos del Niño y el Adolescente, con el argumento de que se trataría sólo de reconocer derechos y que ésto debilitaría a las familias y, fundamentalmente, a la autoridad de los padres sobre los hijos. De hecho, en el debate parlamentario estadounidense, éste fue el argumento que se utilizó, aunque el real fuera la prohibición de la pena de muerte para personas menores de dieciocho años de edad en el tratado, práctica permitida en muchos estados norteamericanos. La mayoría se opuso a la ratificación argumentando que la firma del tratado debilitaría los valores de la familia americana.
- ²³ Todavía hoy en muchos países —recuerdo anécdotas de Honduras y de El Salvador— que han modificado las leyes a partir del modelo de la protección integral de derechos del niño, las madres de familia o las madres y los padres recurren al juez de menores para que “interne” a los hijos que le causan problemas. Frente a la negativa de intervenir en la familia por parte de los nuevos jueces penales juveniles, se ha llegado a atribuir al hijo que se quiere expulsar de la familia la comisión de un delito.
- ²⁴ Sobre la administración de la vida privada a través de decisiones públicas estatales ver FARGE, Arlette, y FOUCAULT, Michel: *Le désordre des familles. Lettres de cachet des Archives de la Bastille*, Gallimard, Saint Amand (Cher), 1982, en particular el Capítulo 2.
- ²⁵ Me refiero al Régimen Penal de la Minoridad, ley 22.278 modificada en cuanto a la edad por la ley 22.803.
- ²⁶ Sobre el particular ver GOMES DA COSTA, Antonio Carlos: *Pedagogia e justiça. A responsabilização penal do adolescente*, Modus Faciendi, Mimeo, 1999.
- ²⁷ Se ha interpretado, muchas veces con mala fe, que no existen mayores diferencias entre el sistema de responsabilidad penal juvenil y el sistema penal de adultos. Pero no es así. La discusión no acaba con sólo incorporar las garantías del derecho penal de adultos y eliminar las instituciones tradicionales del llamado “derecho de menores”. Esto lo aprendió la comunidad internacional de la terrible lección que deja el caso norteamericano. La lucha por los derechos del niño y la crítica al sistema tutelar en Estados Unidos se dio en el marco del movimiento por los derechos civiles en la década de 1960. En el proceso de ampliación de la ciudadanía a los norteamericanos excluidos, a través de sentencias de la Corte Suprema, los últimos en llegar a la condición de ciudadanos fueron los niños. Ahora bien, el precio que pagaron los niños en los Estados Unidos por ser reconocidos como sujetos de derecho fue, precisamente, ser tratados igual que los adultos. Así, por ejemplo, en algunos estados norteamericanos es posible condenar a pena de muerte a personas menores de dieciocho años. Este es el motivo real por el que Estados Unidos no ratifica la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que expresamente prohíbe esa pena para las personas menores de dieciocho años. Evidentemente, no es esta la idea de la Convención ni de los sistemas de responsabilidad penal juvenil creados sobre la base de ésta. No se pretende que los Estados nacionales reconozcan al niño como sujeto de derecho y entonces lo traten como adulto. Si se tratara de algo semejante sería la peor pesadilla realizada, tanto de quienes a fines del siglo pasado pretendían poner a los niños fuera de la crueldad del sistema penal general, los “Salvadores del Niño” (ver PLATT, Anthony: *The child savers. The invention of delinquency*, University of Chicago Press, 1969. Hay traducción al español, *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, Siglo XXI, México, 1982), como de quienes en los años ‘60 criticaron y lograron la reforma del sistema creado un siglo antes por violar los derechos de los niños. Como se sostuvo más arriba, la comunidad internacional aprendió esta lección y estos sistemas de responsabilidad penal juvenil tienen otros fundamentos y otras características. La pregunta es, entonces, qué significa ser sujeto de derecho en el marco de la Convención. Significa, como se explicó en el Capítulo 2, ser titular de los mismos derechos de los que gozan todas las personas más derechos específicos que surgen de la condición de persona que está creciendo. Ni media persona ni

persona incompleta ni incapaz; simplemente se trata de una persona que está creciendo. Las personas son personas completas en cada momento de su crecimiento.

²⁸ *In re Gault*, 387U.S. 1; 87 S.Ct. 1428

²⁹ De manera simplificada, es posible afirmar que el ingreso de personas menores de dieciocho años al sistema penal de adultos, en Estados Unidos, ocurre por tres vías diferentes: por un lado, por la negociación con el fiscal (*plea bargaining*). En algunos estados se permite al fiscal que negocie con el joven si lleva los cargos al sistema juvenil, por ejemplo, con una imputación grave; o al sistema de adultos, previa admisión de cierto grado de responsabilidad en el hecho, con una imputación menor. Por otro lado, en algunos estados se permite al fiscal decidir, por la naturaleza del delito de que se trate, si lleva el caso a la justicia juvenil o a la justicia de adultos. Finalmente, en algunos estados, por mandato legal, algunos delitos, aún cometidos por personas menores de dieciocho años, pueden ser juzgados en cortes de adultos.

³⁰ BARATTA, Alessandro, *Infancia y democracia*, en GARCÍA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comps.), *Infancia, ley ...*, op. cit., págs. 31 y siguientes.

³¹ "Artículo 37

Los Estados Partes velarán porque:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.

b) Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

c) Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de su libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y a otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, imparcial e independiente, y a una pronta decisión sobre dicha acción."

³² 11. A los efectos de las presentes Reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes: (...)

b) Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública."

³³ Sobre la aplicación directa de la Convención Internacional ver BELOFF, Mary, *La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno*, en ABREGÚ, Martín, y COURTIS, Christian (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS/Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 623 y ss.

³⁴ "Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

I) que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

II) que será informado sin demora y directamente de los cargos que pesan contra él, y en casos apropiados, por intermedio de sus padres o su tutor, y dispondrá de asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa;

III) que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado (...);

- IV) que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación e interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
- V) si se considera que ha infringido las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de la misma será sometida a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
- VI) que el niño contará con la libre asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
- VII) que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento. (...). El resto del artículo se analiza más adelante.

³⁵ De las normas internacionales de las que surge el modelo de la protección integral de derechos del niño, las primeras en ser aprobadas, el 29 de noviembre de 1985, por Resolución 40/33 de la Asamblea General, fueron las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil, conocidas como Reglas de Beijing. Estas reglas fueron sancionadas en la mitad del proceso que demandó la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ya que la idea de elaborar un documento como ese comenzó a circular en 1979, declarado Año Internacional del Niño, y recién se concretó en 1989. De ahí que, en muchos aspectos, las Reglas de Beijing parezcan estar a mitad de camino entre el modelo tutelar o “de la situación irregular” y el modelo de la protección integral de derechos del niño. Esto se advierte, por ejemplo, en el énfasis que las Reglas ponen en que el objetivo de la justicia de menores sea “el bienestar del menor” o bien en la propia definición de la desviación juvenil que reflejan. Así, por ejemplo, en las Orientaciones fundamentales, la Regla 1.2. establece: “Los Estados Miembros se esforzarán por crear condiciones que garanticen al menor una vida significativa en la comunidad fomentando, durante el período de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado, un proceso de desarrollo personal y educación lo más exento del delito y delincuencia posible” -el resaltado me pertenece-. También, en la Regla 2.2.c): “(...) menor delincuente es todo niño o joven *al que se ha imputado* la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito” —el resaltado me pertenece.

³⁶ En el marco del derecho penal mínimo el único supuesto que autorizaría poner en funcionamiento esos sistemas de reacciones estatales coactivas con adolescentes sería la comisión de un *delito*. Esto también por aplicación del principio de legalidad recogido en todas las constituciones nacionales y en todos los tratados internacionales de protección de derechos humanos. Sin embargo, una crítica que puede formularse al modelo de la protección integral de derechos del niño en este punto, en particular a la Convención Internacional sobre Derechos del Niño y a las Directrices de Riadh, es que sobre la base de ellas todavía podría admitirse una intervención estatal coactiva -hasta privación de libertad- en el ámbito de la protección. No obstante, el principio de legalidad es categórico y preciso. Por lo tanto, lo único que puede habilitar el ingreso de adolescentes a estos sistemas es la formal imputación de un delito.

³⁷ Interpreto por garantismo penal la teoría desarrollada por Luigi FERRAJOLI de la que da cuenta la obra *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Gius. Laterza & Figli, 1989, traducido por Perfecto Andrés IBAÑEZ y otros: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

³⁸ Para una crítica de la inclusión de las faltas y las contravenciones en estos nuevos sistemas ver BELOFF, Mary: “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América latina”, en GARCÍA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comps.), *Infancia ...*, op. cit., pp. 87 y ss. En resumen puede señalarse que un sistema penal de mínima intervención, basado en los principios del garantismo penal, no puede ponerse en funcionamiento cuando existen mínimas infracciones que en general se relacionan con conflictos de convivencia o vecinales y no con serias afectaciones a bienes jurídicos protegidos. Estos conflictos deben ser resueltos a nivel comunitario o en otro ámbito, fuera de la lógica del castigo y de la lógica penal. En ese sentido acertó la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al excluir a los niños como sujetos de imputación de contravenciones con excepción de las contravenciones de tránsito (cfr. art. 2º del Código Contravencional).

³⁹ Sólo se mencionan leyes aprobadas con posterioridad a la ratificación de la Convención Internacional, aún cuando todavía no hayan entrado en vigencia. No se mencionan Proyectos y Anteproyectos.

⁴⁰ Ley 8069 sancionada el 13 de julio de 1990.

⁴¹ Ley 7576 aprobada en marzo de 1996.

⁴² Decreto 863 sancionado el 27 de abril de 1994, publicado en el D. O. 106 tomo 323, del 8 de junio de 1994.

⁴³ Decreto 78/96 sancionado el 11 de septiembre de 1996. La entrada en vigencia de la ley ha sido diferida *sine die*. Sobre el problema de la entrada en vigencia de esta ley ver GARCÍA MENDEZ, Emilio: “Introducción”, en GARCÍA MENDEZ, y BELOFF, Mary (comps.): *Infancia ...*, op. cit., pp. 1/5.

⁴⁴ Decreto 73/96 aprobado el 31 de mayo de 1996 que entró en vigencia el 5 de septiembre del mismo año.

⁴⁵ Ley 287 sancionada el 24 de marzo de 1998 que entró en vigencia el 23 de noviembre del mismo año, 180 días después de su publicación en la gaceta oficial.

⁴⁶ Ley OJO COMPLETAR y chequear nombre.

⁴⁷ Decreto-ley 26.102 del 24 de diciembre de 1992.

⁴⁸ Ley **COMPLETAR**.

⁴⁹ Ley 170 del 4 de agosto de 1992, actualmente en proceso de revisión.

⁵⁰ Ley OJO VERIFICAR QUE HAYA SIDO APROBADO Y CUANDO.

⁵¹ Ley 1680 del 5 de diciembre de 2000.

⁵² Desde el punto de vista procesal, se debe discriminar lo que es una solución alternativa al conflicto jurídico penal y lo que son alternativas dentro del proceso penal. De la primera podría decirse que es la solución abolicionalista. En estos casos el conflicto directamente es administrado, y eventualmente resuelto, en otro ámbito. Si esto no es posible, se puede recurrir a las opciones diferentes con las que cuenta el ámbito judicial penal juvenil. Estas formas pueden ser modos anticipados de terminación del proceso, tales como la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión del juicio a prueba, el juicio abreviado o la conciliación durante el proceso.

Merece un párrafo aparte —aún en este breve nota— el juicio abreviado. Este instituto es problemático en general, para adultos y para adolescentes, en su aplicación, porque riñe con la preservación cabal de las garantías. Sobre todo porque está siendo utilizado en todos los nuevos sistemas de justicia penal de América latina al sólo efecto de descomprimirlos. Así, las garantías desaparecen. Creo que no es posible utilizar el juicio abreviado para adolescentes, por la misma razón que lo torna conflictivo para los adultos, esto es, la vulneración de garantías, pero, además, por otra razón específica. Para los adolescentes, la dimensión pedagógica del rito penal es precisamente el reto que se propone el sistema de responsabilidad penal juvenil. El reto está en el proceso. La dimensión pedagógica es central. Sin rito del proceso, sin instancia simbólica para administrar el conflicto, para que el adolescente pueda visualizar a quién le causó dolor y cuánto, pero para que también entienda cuáles son las reglas de la comunidad a la que pertenece, el sistema de justicia penal juvenil pierde sentido.

Otro punto conflictivo que sólo puedo dejar señalado con relación a todos estos nuevos institutos es la adopción de medidas como consecuencia de la solución adoptada. Las nuevas leyes no prevén el control de legalidad de esos acuerdos, que pueden incluir la adopción de medidas en muchos casos restrictivas de derechos. Por eso es fundamental la presencia del abogado defensor aún en estas instancias.

⁵³ La Directriz 5 ordena que deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás. También "(...) e) El reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta; (...) f) La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de 'extraviado', 'delincuente' o 'predelincuente' a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable."

⁵⁴ BELOFF, Mary, *Los sistemas ...*, op. cit.

⁵⁵ Cfr. ROXIN, Claus: *Culpabilidad ...*, op. cit., p. 491.

⁵⁶ Cfr. JAKOBS, Gunter: *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 629/630.

⁵⁷ Se fija la edad de doce años por debajo de la cual en caso de imputación de delito, previa investigación, deben aplicarse medidas de protección, pero se excluye la medida privativa de libertad.

⁵⁸ Se excluye a los niños, esto es, los menores de doce años (art. 2º), a quienes corresponderán medidas de protección previstas en el art. 101.

⁵⁹ Se excluyen los actos cometidos por menores de doce años, con la posibilidad de que el caso sea referido al organismo nacional de protección a la infancia. Se preve la intervención del juez de ejecución penal juvenil en caso de que esta institución adopte una medida de restricción de la libertad ambulatoria (art. 6º).

⁶⁰ Se excluye a los menores de doce años, aunque con una fórmula poco feliz ya que se habla de aquellos que "presenten una conducta antisocial". Se debe dar a viso al Instituto Salvadoreño de Protección al Menor para su "protección integral".

⁶¹ Se excluye a los menores de doce años (art. 160), quienes "serán objeto de atenciones médicas, psicológicas y pedagógicas que fueren necesarias bajo el cuidado y custodia de los padres o encargados y deberán ser atendidos por los juzgados de la niñez y la juventud."

⁶² Se excluye a los menores de doce años con la inapropiada fórmula "Los niños menores de doce años no delinquen. En caso de que cometan una infracción de carácter penal solo se les brindará la protección especial que su caso requiere y se procurará su formación integral." Esto tiene el problema adicional de que según el art. 1º del mismo código se es niño hasta los doce años pero niña hasta los catorce.

- ⁶³ Es la única ley que fija el piso en trece años. Los menores de esa edad imputados de delitos o faltas serán remitidos al órgano administrativo para su protección con la prohibición de aplicarles por ningún motivo cualquier medida que implique privación de libertad.
- ⁶⁴ Se excluyen los menores de catorce años, quienes en caso de ser imputados de cometer infracciones penales, serán sometidos al juez de niñez y adolescencia, quien aplicará “medidas reeducativas cónsonas con la responsabilidad social de las personas menores de 14 años de que se trate”. No se comprenden bien los alcances de esta definición.
- ⁶⁵ Se excluye a los menores de doce años, quienes serán pasibles de las medidas de protección previstas en ese Código.
- ⁶⁶ Se excluye a los menores de doce años, a quienes en caso de encontrarse incurso en hechos punibles sólo se les aplicarán medidas de protección.
- ⁶⁷ Sólo se refiere a la prohibición de privar de libertad a un menor de doce años. Esta ley, actualmente en proceso de revisión, fue una de las primeras de la región dictada con posterioridad a la aprobación de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño y difícilmente pueda considerársela una adecuación sustancial al tratado. Ni siquiera crea un sistema de responsabilidad penal juvenil como de los que aquí se da cuenta, sino de modo muy general.
- ⁶⁸ Esta prohibición tiene en algunos países rango constitucional.
- ⁶⁹ Se debe agradecer a Miguel Cillero el haber sumado la perspectiva más general de Hans Kelsen al análisis de este tema. Cfr. CILLERO, Miguel: “Adolescentes y sistema penal. Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño”, en la revista *Justicia y derechos del niño*, Unicef, Buenos Aires, n° 2, 2000, pp. 101 y ss.
- ⁷⁰ Ver en este sentido, entre muchos otros, BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, pp. 49/50, 67 y, en particular, 310/328; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985, en particular pp. 51 y ss.; FERRAJOLI, Luigi: *Derecho...*, op. cit.; FERRAJOLI, Luigi y otros: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 22 y ss.
- ⁷¹ Se establece que la ley se aplicará a las personas mayores de doce años y menores de dieciocho. También que quienes tengan entre dieciseis y dieciocho años y se les atribuyere responsabilidad penal se les aplicarán y las medidas establecidas por esta ley. Finalmente, que la “conducta antisocial” de los menores cuyas edades se encuentren comprendidas entre los doce y dieciseis años que constituya delito o falta se establecerá mediante el procedimiento previsto por esta ley y en caso de que se comprueben los hechos, el juez puede aplicarle medidas de protección de la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor o medidas contempladas en la Ley del Menor Infractor siempre que sean en su beneficio (art. 2º).
- ⁷² Desde el punto de vista procesal, se establece un sistema acusatorio (oral y contradictorio) que sea flexible y permita instancias conciliatorias no solo al inicio sino todo a lo largo del proceso; esto es, flexible para intentar una real solución al conflicto de naturaleza jurídico penal que dio origen al proceso, pero no para desconocer garantías, como en el sistema anterior.
- ⁷³ Se podría discutir la inclusión de este tipo de sanciones en un sistema como este, en el que se intenta resolver el conflicto por otras vías y en el que sólo se recurre a la sanción en casos de cierta relevancia en los que fracasó todo intento conciliatorio, que merecen un reproche proporcional al hecho cometido. Se puede suponer que, si se frustraron otras soluciones anticipadas, es porque el hecho reviste cierta gravedad, por lo que en ningún caso la sanción podría ser una advertencia o una amonestación. Debo a José Cafferatta Noreas el haberme señalado este problema.
- ⁷⁴ Las sanciones en un sistema de responsabilidad penal juvenil son diversificadas. Por eso se afirma que es incorrecto hablar de alternativas a la pena privativa de libertad en los sistemas de justicia juvenil latinoamericanos. Hablar en estos términos sería comprensible en el sistema penal de adultos porque en él la reacción central es la cárcel. En cambio en los sistemas de justicia juvenil de los que se viene hablando, la centralidad la tienen todas las otras sanciones. Al hablar de alternativas a la prisión, se sigue considerando que la privación de libertad es el eje del sistema, la pena por excelencia. Esto es lo que en realidad todavía constituye la práctica en América Latina y para que la realidad cambie, es importante comenzar por cambiar el lenguaje. El cambio del lenguaje —como el cambio de la ley— no opera milagros pero tiene impacto sobre la realidad. Véase si no la diferencia entre “menor” y niño o niña y adolescente.
- ⁷⁵ “5. Objetivos de la justicia de menores.
5.1. El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento *proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito*” —el resaltado me pertenece—. Nótese que la Regla parece enfatizar las condiciones personales más que el delito, pero luego, en el Comentario, se advierte este problema y se brinda una pauta importante de interpretación. Allí se afirma: “(...) El segundo objetivo es el ‘principio de la proporcionalidad’. Este principio es conocido como un instrumento para restringir las sanciones punitivas, y se expresa principalmente mediante la fórmula de que el autor ha de llevarse su merecido

según la gravedad del delito. La respuesta a los jóvenes delincuentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales. Las circunstancias individuales del delincuente (por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales) han de influir en la proporcionalidad de la reacción (por ejemplo, teniendo en consideración los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima o su buena disposición para realizar una vida sana y útil).

Por el mismo motivo, las respuestas destinadas a asegurar el bienestar del joven delincuente *pueden* sobrepasar lo necesario y, por consiguiente, infringir los derechos fundamentales del joven, como ha ocurrido en algunos sistemas de justicia de menores. En este aspecto también corresponde salvaguardar la proporcionalidad de la respuesta en relación con las circunstancias del delincuente y del delito, incluida la víctima.” —el resaltado me pertenece.

Es evidente que el “pueden” del Comentario es descriptivo y no prescriptivo, caso contrario no se comprendería todo el resto de la explicación.

“17. Principios rectores de la sentencia y la resolución

17.1. La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

a) La respuesta que se de al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad; (...).”

⁷⁶ Reglas de Beijing: “16. Informe sobre investigaciones sociales

16.1 Para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en que se hubiere cometido el delito.”

⁷⁷ La importancia de la familia y de la comunidad aparecen en varias Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. Tanto a la una como a la otra le está dedicado un capítulo. Así, la participación de la comunidad está prevista en las Directrices 6, 9 f), g) y h), 10, 29 así como en todo el título c) del capítulo iv: procesos de socialización, que comprende las Directrices 32 a 39. Es muy importante la Directriz 33 cuando establece que a fin de hacer frente a los problemas especiales de los menores expuestos a riesgo social *la ayuda debe prestarse respetando los derechos individuales* —el resaltado me pertenece.

A la familia por su parte le está dedicado el título A del mismo capítulo iv, que comprende las Directrices 11 a 19.

⁷⁸ “25. Movilización de voluntarios y otros servicios de carácter comunitario.

25.1. Se recurrirá a los voluntarios, a las organizaciones de voluntarios, a las instituciones locales y a otros recursos de la comunidad para que contribuyan eficazmente a la rehabilitación del menor en un ambiente comunitario y, en la forma en que ésta sea posible, en el seno de la unidad familiar.” En el mismo sentido las Orientaciones fundamentales.

⁷⁹ Sobre el rol de los equipos multidisciplinarios en la nueva justicia juvenil ver BELOFF, Mary: *El rol de los equipos multidisciplinarios en la nueva justicia juvenil salvadoreña*, Mimeo, Buenos Aires, inédito, 2000.

⁸⁰ Sobre el concepto de “reintegración social del condenado” ver BARATTA, Alessandro: *Resocialización o control social: por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado*, en Revista *No hay derecho*, n° 3, abril/mayo de 1991, pp. 30/34, artículo que si bien está centrado en la pena de cárcel puede volver a leerse, en general, como referido a la situación de condena, del siguiente modo. Afirma Baratta: “La reintegración social no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse a pesar de ella, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esta finalidad.” Sustitúyase “pena carcelaria” por pena y “vida en la cárcel” como situación de ejecución de condena y el argumento se mantiene vigente.

⁸¹ Véase sobre el caso de Brasil el texto de AMARAL DA SILVA incluido en este libro. COMPLETAR CITA.

